

El caso español de las empresas familiares como “cortinas de humo” en la imposición patrimonial*

Carla Mares**

I. Introducción

En el presente artículo abordaremos el problema del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) y del Impuesto sobre el Patrimonio (IP), que en España se han ido modificando en los últimos años por componendas políticas de carácter coyuntural¹. Hoy día están tan deformados estos impuestos que su destino difícilmente puede ser otro que el de suprimirlos. Ambos impuestos, que teóricamente son impuestos redistributivos, sólo los paga la clase media española.

Durante los últimos años, se ha presenciado un proceso gradual de desfiscalización de los patrimonios empresariales y profesionales no exento de justificación o de razones. Sin embargo, las medidas que se han adoptado no responden a unos principios generales ni se ha abordado su estudio desde una perspectiva científica, que es la que conduce a soluciones coherentes y armonizadas dentro del conjunto del sistema tributario.

Actualmente, la imposición patrimonial en España, así como en otros países, exige una reforma estructural que apunte a la progresividad, al equilibrio, a la justicia, de forma tal que pueda ser un buen instrumento en la redistribución de la riqueza. Es menester contar con un impuesto sobre el patrimonio renovado, que sustituya el ITP y el ISD y que elimine las exenciones no justificadas. Puede que un impuesto ordinario y periódico sobre el patrimonio, no vinculado a un hecho excepcional —como puede ser la transmisión de bienes o la adquisición lucrativa— resulte más molesto; pero, sin duda, es más justo.

II. Exenciones de la empresa familiar

* Artículo basado en la comunicación presentada en las XVèmes Universités Fiscales Européennes de Printemps: Les fumigènes fiscaux. Comunicación: «Les entreprises familiales: "rideaux de fumée" dans l'imposition patrimoniale?», Universidad de París II, Niza (Francia), 11-13 de abril de 2008 y publicado en el Boletín de la VII edición de la Revista de Estudiantes de la Universidad de Piura *Ita Ius Esto* en el 2011.

** Abogada titulada en la Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España) y la Universidad de Bolonia (Italia). Gerente de Tax en EY Perú. Profesora del Módulo de Tributación Empresarial del Máster de Empresas de la Universidad de Piura. Profesora Ordinaria de la Universidad de Piura. Se ha desempeñado como funcionaria de Sunat en la Intendencia Nacional de Principales Contribuyentes en el Área de Recaudación y Cobranza (2001-2004).

¹ El IP y el ISD son los dos impuestos directos que gravan el patrimonio o capital y que recaen siempre sobre personas físicas.

Una verdadera cortina de humo de la imposición patrimonial —entiéndase, ISD e IP— la encontramos en el régimen jurídico de la empresa familiar. Intentaremos poner en evidencia los agujeros fiscales que esta creación legal ha supuesto en el ámbito de la imposición patrimonial.

Antes de comentar las inmunidades tributarias de las que goza la empresa familiar, anotamos unos breves apuntes sobre ella.

1. ¿Qué es una empresa familiar?

Científicamente podemos delimitar una realidad social que es la empresa y otra distinta que es la familia. Sin embargo, no existe la empresa familiar como ente socioeconómico diferenciado y conceptualmente autónomo. De ahí que, a nuestro entender, la “empresa familiar” no constituya un concepto jurídico tributario.

El calificativo familiar añadido a la empresa no deja de ser un hábil instrumento de psicología financiera para legitimar la exención de las grandes fortunas. Bajo el amparo del término “familiar” da la impresión de que se está apoyando una justa causa, pues parece que se trata de asegurar la supervivencia de los pequeños empresarios que se esfuerzan día a día en una especie de trabajo modesto y hogareño.

Esto no es verdad. La delimitación conceptual de la “empresa familiar” es absolutamente imprecisa y, por ello, caben dentro las pequeñas empresas, las grandes y grandísimas. Son justamente éstas las más beneficiadas por las exenciones fiscales con las que se protegen las empresas familiares, con grave injusticia comparativa respecto de los patrimonios no empresariales o accionariales.

El origen de la empresa familiar está en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, que amplía las exenciones objetivas en el IP, incluyendo entre las mismas —según señala su exposición de motivos— “la aplicable a lo que ha venido denominándose en el Derecho comparado «útiles de trabajo», concepto que incluye los bienes y derechos necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial, ejercida de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo, y constitutiva de su principal fuente de renta.

Esa misma exención —continúa la exposición de motivos— se aplica a las participaciones en entidades que cumplan determinadas condiciones, tanto en cuanto a las actividades que realizan, como en cuanto al sujeto pasivo beneficiario de la exención, el cual, aparte de detentar una participación del capital superior al 25%, deberá ejercer efectivamente funciones de dirección y percibir por ello una remuneración.”

Es así como nace el concepto de empresa familiar. Como puede apreciarse, la exención se apoyó en la idea de que hay que proteger “los útiles de trabajo”, pero en los

útiles de trabajo entraban las acciones y participaciones superiores al 20% en entidades jurídicas. A partir de 1997 se admitieron, también, las participaciones compartidas con otros miembros de la familia siempre que el total alcanzase al menos el 20% de la entidad. Y, desde 2003, es suficiente que la participación individual sea del 5%. Sólo quedaron fuera las entidades cuya actividad principal fuese la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario y las sociedades sometidas al régimen de transparencia fiscal.

El tratamiento fiscal favorable que reciben responde, originalmente, al hecho de que son empresas en cuya dirección intervienen personas ligadas por lazos de familia; lo que puede afectar negativamente a la subsistencia de una actividad económica que merece ser preservada. Sin embargo, el problema de las empresas familiares no es un problema tributario, sino más bien organizativo, de gestión y de dirección. Pese a ello, muchas de las ayudas que le otorga el legislador se hallan en el ámbito del Derecho público, al disponer la reducción de su contribución al sostenimiento de las cargas públicas.

Este régimen resulta muy atractivo para los contribuyentes que tienen posibilidades de acogerse a él: la mayoría de los empresarios individuales y titulares de participaciones sociales buscan ser empresa familiar. El legislador ha facilitado esta tarea, aún más, inventando la sociedad holding. Se desactivan, así, dos impuestos: el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; que, más que excepciones y parches, lo que necesitan es una reflexión profunda sobre el rol o función que cada uno de ellos puede y, en su caso, debe desempeñar en un sistema tributario moderno.

2. Exención en el IP

De conformidad con el artículo 4.Ocho.Uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, que regula el Impuesto sobre el Patrimonio, están exentos de este impuesto los patrimonios afectos a empresas individuales (equivale a la descripción de “útiles de trabajo”, antes anotada) y las participaciones significativas en entidades y sociedades que estén dirigidas por los socios, siempre que no tengan por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

De este modo, las grandes fortunas quedan fuera del alcance del IP. Si bien se trata de un gravamen elevado, lo es también para los patrimonios no empresariales o no accionariales.

3. Exención en el ISD

En 1996 se dispone que si en la base imponible de una adquisición *mortis causa* se incluye el valor de una empresa individual o de participaciones en empresas familiares, se aplicará una deducción del 95% de tal valor para hallar la base liquidable del impuesto. Se añaden dos condiciones adicionales: que se trate de una herencia intrafamiliar y que se conserve la empresa durante 10 años.

En 1998 se amplió el ámbito de la exención a otras herencias, admitiéndola en las adquisiciones en línea recta ascendente y colateral hasta tercer grado. De este modo, se va diluyendo el carácter familiar de la transmisión y cobran fuerza los aspectos puramente empresariales.

Un comentario especial merece la sociedad holding. Su evolución dentro del concepto de sociedad transparente o sociedad patrimonial ha traído resultados sorprendentes.

La exención no alcanza, en principio, a las sociedades de cartera o de mera tenencia de bienes. Sin embargo, cabe librarse del ISD —y, también, del IP— cuando las acciones y participaciones de sociedades de cartera que posean, a su vez, acciones o participaciones que otorguen, al menos, el 5% de los derechos de voto, se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la sociedad participada no sea una sociedad transparente (hoy patrimonial).

Surge, así, el concepto fiscal de “sociedad holding”, beneficiaria de la exención de Impuesto sobre el Patrimonio y de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Se exige que los valores poseídos por la “holding” representen el 5% de la participada y que se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación.

Es interesante reparar sobre la gestión de la participación. Originalmente, lo que determinaba la exención de la “holding” era la gestión de la sociedad participada; esto es, el ejercicio de la actividad económica a través de la filial. La redacción cambia en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre. Se habla, entonces, de “gestionar la participación”. Esto propició el desarrollo de sociedades holding empresariales que son sociedades de cartera con participaciones significativas en otras sociedades y que tienen como finalidad la gestión de la participación, no de la sociedad participada.

Otro requisito legal de las “holding” es que posean medios personales y materiales para gestionar la participación. Es difícil determinar qué medios son necesarios para gestionar una participación. Según la opinión administrativa basta que “algún miembro del Consejo de Administración se ocupe de la adecuada dirección y gestión de las participaciones”. Es difícil imaginar una situación distinta, en la que nadie se ocupe de la adecuada dirección y gestión de las participaciones.

De este modo puede afirmarse que, hoy día, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre el Patrimonio no afectan a los titulares de patrimonios empresariales que puedan pagar a un buen asesor fiscal. La mayoría de las grandes fortunas hoy no pagan, o pagan en cantidad muy reducida, esos dos impuestos. La exención de las empresas familiares ha significado, por tanto, la exoneración de los grandes patrimonios.

III. El caso de Navarra, un ejemplo a seguir

El Derecho financiero de las Haciendas Locales de Navarra no difiere, en sustancia, del ordenamiento jurídico-fiscal de otros entes, como el Estado u otras Comunidades Autónomas (CC.AA.). Sin embargo, cabe reconocer ciertas diferencias en virtud de lo dispuesto por la DA 1º de la Constitución Española. Las especificidades de las que goza esta Comunidad Foral están contenidas en el Convenio Económico de 1990, modificado en 2007².

El modelo de Convenio constituye un marco normativo distinto al de las restantes CC.AA., puesto que los impuestos concertados de normativa autónoma reproducen en este ámbito el sistema tributario estatal, pero con normas propias. Las competencias que se desprenden de la citada DA permiten que en Navarra se establezcan y exijan impuestos previa habilitación de leyes forales.

Hecho este prolegómeno nos centramos en los impuestos que venimos comentando en este trabajo. Tanto el IP como el ISD son impuestos cedidos a las CC.AA., esto es, regulados por las instituciones autonómicas. En el caso del IP tienen reconocida capacidad normativa para regular el mínimo exento, la tarifa, las deducciones y las bonificaciones de la cuota, con ciertos condicionantes. Así, por ejemplo, las deducciones y bonificaciones deben ser compatibles con las que establece la normativa estatal y se aplicarán después de las del Estado. En lo que respecta al ISD, las CC.AA. pueden regular algunos extremos como las reducciones en la base imponible —teniendo en cuenta, también, algunos condicionantes—, la tarifa, la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente, las deducciones y las bonificaciones de la cuota, la gestión y la liquidación del impuesto³.

En lo que respecta al ISD, las adquisiciones sucesorias tributarán a la Diputación Foral de Navarra cuando sea ésta la residencia habitual del causante⁴ o, teniéndola en el

² El Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra fue aprobado por la Ley 28/1990, de 26 de diciembre. Las últimas reformas importantes se han efectuado por Ley 25/2003, de 15 de julio, y por Ley 48/2007, de 19 de diciembre.

³ No obstante, de conformidad con el artículo 34.3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, el Estado se reserva la competencia para establecer de forma obligatoria el régimen de autoliquidación. Esto es, justamente, lo que ha hecho mediante Ley 22/2005, de 18 de noviembre, en relación con las CC.AA. de Andalucía, Aragón, Castilla y León, Galicia y Murcia.

⁴ Se entenderá que una persona física tiene su residencia habitual en Navarra cuando permanezca en su territorio por más de ciento ochenta y tres días durante el año natural. En el caso que el período impositivo no coincida con el año natural, se considerará que se cumple tal condición cuando la permanencia en Navarra exceda de la mitad de citado período impositivo.

extranjero, conserve la condición política de navarro⁵. En las adquisiciones de bienes inmuebles y derechos sobre los mismos por donación o por cualquier otro negocio a título gratuito e *inter vivos*, corresponde a Navarra la exacción del impuestos cuando estos bienes o derechos se ubiquen en este territorio; y, en el caso de los demás bienes y derechos, cuando sea Navarra la residencia habitual del donatario o favorecido.

Expuestas estas pinceladas del régimen foral, cabe añadir que en la Comunidad Foral de Navarra es tradicional la exención del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para las herencias en la familia nuclear: línea recta y cónyuges. Es una solución correcta si se combina adecuadamente con un Impuesto sobre el Patrimonio que no tenga alcance confiscatorio. El resto de las Comunidades Autónomas españolas se encuentran en un proceso desordenado de liquidación del Impuesto sobre Sucesiones. Es necesaria una reflexión seria sobre la imposición patrimonial en España y Navarra puede ser la fuente de inspiración de una reforma racional.

Decimos esto porque hoy por hoy el ISD es una figura tributaria controvertida, cuya pervivencia debe ser replanteada. Si bien, por muchos años, ha servido de fuente de información a la Administración —para conocer, así, las rentas y patrimonios de los contribuyentes—, en la actualidad hay que reconocer que, ciertamente, son muchos y mejores los cauces de información con los que ella cuenta para tal cometido. Además, la cuestión medular es determinar qué capacidad económica es la que se grava con este impuesto.

Parece indiscutible que la transmisión en sí no es un índice de capacidad económica; pues la riqueza gravable no está constituida por el acto de transmisión sino por el valor económico de los bienes transmitidos. En nuestra opinión, la transmisión, únicamente, puede constituir la circunstancia que identifica el momento en que el impuesto es exigible. Por ello, podría decirse que la transmisión es un elemento integrante del aspecto temporal del hecho imponible más que del aspecto material del mismo.

Es evidente, por tanto, que el ISD no grava la transmisión hereditaria ni la transmisión lucrativa *inter vivos*, sino la capacidad económica inherente a los bienes que son objeto de transmisión. Si atendemos a la definición del hecho imponible del ISD, éste grava la adquisición de la riqueza: es el enriquecimiento del beneficiario lo que provoca el nacimiento de la obligación tributaria. Sin embargo, la adquisición lucrativa es una simple transferencia de un patrimonio previamente existente y, en términos objetivos, no provoca enriquecimiento alguno, ni siquiera en forma de incremento de valor de bienes. El enriquecimiento es sólo subjetivo.

Aun cuando no restemos legitimidad al gravamen sobre los incrementos de riqueza meramente subjetivos, no podemos olvidar otros elementos, también subjetivos,

⁵ Conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

que concurren en las adquisiciones gratuitas. Pensamos en la relación familiar entre transmitente y adquirente, que si bien es personal tiene un componente económico, pues existe una clara comunicación de bienes o solidaridad económica entre los miembros de la familia. En las transmisiones lucrativas dentro de la familia nuclear no existe ni siquiera el componente subjetivo del enriquecimiento, en tanto en cuanto la familia es una unidad económica que los impuestos no pueden ignorar. El parentesco no puede ser ajeno al ISD porque en este tipo de transmisiones dentro de la familia próxima el enriquecimiento se difumina e incluso puede decirse que en algunos casos no existe, cuando el fallecimiento del causante provoca una merma del potencial económico familiar. De ahí que la solución adoptada en Navarra nos parezca un buen modelo a seguir en lo que respecta a la reforma, amplia y estructural, que requiere la imposición patrimonial.

IV. Conclusión

A modo de conclusión podemos decir que el análisis de las exenciones de las que goza la empresa familiar demuestra la gran cortina de humo que ellas representan dentro de la imposición patrimonial. El concepto jurídico fiscal de empresa familiar es el fruto de compromisos políticos dirigidos a mitigar o eliminar algunos de los efectos económicos indeseables que sobre los patrimonios empresariales provocan determinados impuestos. Por tanto, no resuelven —sino que, por el contrario, agravan— la problemática de la imposición patrimonial en la medida en que desemboca en un tratamiento fiscal injusto hacia los pequeños y medianos patrimonios.

De este modo el sistema se contamina con medidas no generales, que representan excepciones a un principio rector del sistema tributario que exige que todos contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo a su capacidad económica, y según el cual dos personas o entidades con la misma capacidad deben tributar igual.

Si bien no podemos ignorar los obstáculos que la imposición patrimonial representa para las que se han dado en llamar “empresas familiares”, ello no quiere decir que el tema deba identificarse y abordarse como un problema de tributación de las empresas familiares. La cuestión es, a nuestro juicio, más general y, por ser más amplia, más compleja. Paradójicamente, las soluciones pueden ser mucho más simples que las que hasta ahora se han adoptado.

Las iniciativas y soluciones políticas de desgravación de las empresas familiares, que datan de 1993, sólo han sido respuestas concretas o singulares a las demandas de determinados grupos de intereses empresariales que han disfrazado sus reivindicaciones bajo el manto protector de la familia.

Las quejas de las empresas familiares contra la imposición patrimonial, pueden elevarlas también los demás contribuyentes, sean empresas que no han merecido el calificativo legal de “familiares” o sean titulares de patrimonios no empresariales. Y, desde la perspectiva de los principios de justicia tributaria, las razones que tienen otros

grupos para lamentarse son, en algunos casos, más poderosas que las que pueden esgrimir algunas empresas familiares que no se caracterizan precisamente porque en ellas falte la capacidad contributiva.